

# 再度の時効援用により消滅する抵当権 最二小判 平24・3・16民集66・5・2321

著者	松田 佳久
雑誌名	九州国際大学法学論集
巻	23
号	1.2.3
ページ	383-402
発行年	2017-03-20
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1265/00000608/">http://id.nii.ac.jp/1265/00000608/</a>

# 再度の時効援用により消滅する抵当権

——最二小判平24・3・16民集66・5・2321——

松 田 佳 久

## I 最二小判平24・3・16民集66・5・2321（以下、平成24年判決という）における事案と判決

### 1. 事案概要

本件事案は、本件各土地につき抵当権の設定を受けていたYが、抵当権の実行としての競売を申し立てたところ、本件各土地を時効取得したと主張するXが、この競売の不許を求めて第三者異議訴訟を提起した事案である（以下、平成24年判決事案という）。

事実関係は次のとおりである。すなわち、Aは、昭和45年3月当時、平成17年3月に本件各土地に換地がされる前の従前の土地（以下、本件旧土地という。）を所有していた。同人は、昭和45年3月、Xに対し、本件旧土地を売却したが、所有権移転登記はされなかった。Xは、遅くとも同月31日から、本件旧土地につき占有を開始し、サトウキビ畑として耕作していた。

Aの子であるBは、昭和57年1月13日、本件旧土地につき、昭和47年10月8日相続を原因として、Aからの所有権移転登記を了した。また、Bは、昭和59年4月19日、Yとの間で、本件旧土地につき、債権額を2,000万円、債務者をCとする抵当権設定契約を締結し（以下、甲抵当権という）、同日受付で甲抵当権の設定登記を行った（以下、この登記を甲抵当権登記という）。なお、本件旧土地については、甲抵当権が設定されるよりも前に、別件の抵当権が設

定されていた(昭和58年4月20日設定登記)が、当該抵当権の設定登記は昭和61年11月26日に抹消されている。

また、Bは、昭和61年10月24日、Yとの間で、本件旧土地につき、債権額を2,350万円、債務者をDとする抵当権設定契約を締結し(以下、乙抵当権という)、同日受付で乙抵当権の設定登記手続を行った(以下、この登記を乙抵当権登記という)。

Xは、これらの事実を知らないまま、上記換地の前後を通じて、本件旧土地または本件各土地をサトウキビ畑として耕作し、その占有を継続した。また、Xは、甲乙抵当権登記時において、本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意かつ無過失であった。

Yは、鹿児島地方裁判所名瀬支部に対し、本件各土地を目的とする甲抵当権の実行としての競売(以下、本件競売という。)を申し立て、平成18年9月29日、競売開始決定を得た。これに対し、Xは、本件競売の不許を求めて本件訴訟を提起した。なお、本件競売手続については、Xの申立てにより、平成20年7月31日、停止決定がされた。

Xは、平成20年8月9日、Bに対し、本件各土地につき、乙抵当権登記がされた日(昭和61年10月24日)からさらに10年間占有を継続したことによる所有権の時効取得を援用する旨の意思表示をした。

## 2. 第一審(鹿児島地名瀬支判平21・6・24金法1955・107)と原審(福岡高宮崎支判平21・11・27金法1955・106)の判断

第一審は第二順位である乙抵当権を基準に再度の取得時効を判断するが、その他の点についてはこの第一審の判断が平成24年判決の骨格をなしている。原審は第一審の判断に、「第三者が所有権者であろうと抵当権者であろうと、時効取得者と対抗関係に立つことには変わりがない」との判断を付加したにすぎない。

## (1) 第一審

第一審の判断の主たる部分は以下のとおりである。すなわち、第一審は、当初の取得時効につき、Xは、「遅くとも昭和45年3月31日から、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と本件土地の占有を開始し、その占有開始時に於いて、本件土地を所有すると信じるにつき善意かつ無過失であったものと認められる。」とし、さらにXは、「その後も本件土地の占有を継続しているのであるから、占有開始時から10年に当たる昭和55年3月31日の経過をもって、本件土地につき取得時効が完成したというべきである。」とする。そうであるならば、Yは時効完成後の昭和59年4月19日および同61年10月24日に各抵当権設定登記を経由しているから、Xは、当該取得時効による所有権取得をYに対して対抗できないことになる。しかし、Xは、その後も占有を継続していることから、最一小判昭36・7・20民集15・7・1903（以下、昭和36年判決という）に基づき、乙抵当権登記時（昭和61年10月24日）を起算点とし、その10年後の平成8年10月24日経過時において再度の取得時効が完成していることから、登記なくしてYに対し所有権の取得を対抗できるとした。

なお、引用する昭和36年判決については、時効の起算点を任意に選択することはできないとする最一小判昭35・7・27民集14・10・1871（以下、昭和35年判決という）を前提とした上で、「第三者の登記後、占有者が更に時効取得に必要な期間占有を継続した場合に、昭和35年判決の例外として、第三者の登記の時点时起算点とする取得時効の援用を認めたものである。」とする。その理由としては、「占有者は第三者の登記の時点から新たな他人の物の占有を開始したとみることができる上、時効の援用を認めた方が、永続した事実状態の尊重による法律関係の安定という取得時効制度の趣旨に沿うからであると解される。」とする。仮に昭和36年判決のような例外を認めないとすると、「時効完成后に第三者が所有権移転登記を経由した場合、その後占有者がいかに長く当該不動産の占有を継続したとしても、上記第三者に対し所有権の取得を対抗できないことになり、取得時効制度の趣旨が没却されかねない。」とし、さらに、「占

有者が第三者の登記後に何らかの事情で一旦占有を中断して再開した場合、その中断時を起算点として新たに時効期間が進行することになるが、このように占有を中断した者の方が占有を継続した者より有利な結果を得るのは相当でない。」とする。

また、抵当権の時効消滅の規定である民法397条については、「債務者又は抵当権設定者以外の者が抵当不動産につき取得時効に必要な条件を具備した占有をしたときは、抵当権は消滅する旨を定めているが、この規定は、所有権の時効取得がいわゆる原始取得であることから、その反射的效果として時効完成前に設定・登記された抵当権は消滅するという当然のことを定めたものであると解される。」としている。そして、本件においては、Xは、債務者や抵当権設定者ではない。Xは、起算点である昭和61年10月24日から本件土地を占有継続してその所有権を時効取得するのであるが、甲抵当権については、時効完成前の昭和59年4月19日に設定・登記されたものであるから、Xによる「本件土地の時効取得の反射的效果として消滅するというべきである」とする。

さらに、「占有者が抵当権の存在を容認して占有を継続した場合には、抵当権の負担の付いた所有権を時効取得すると解する余地もあるが、本件がこれに当たらないことは明らかである。」としている。

## （2）原審

前述したとおり、第一審に次の判断を付加している。すなわち、Yが「昭和36年判決の事案では第三者が所有権者であるのに対し、本件では第三者が抵当権者である点で事案を異にしており、所有権と抵当権が両立するものである以上、昭和36年判決ではなく、」昭和33年判決（後述Ⅱ 1（1）③第3準則）ないし平成15年判決（後述Ⅱ 3の平成15年判決）が妥当するとの主張に対し、「確かに所有権と抵当権は両立するものの、第三者が所有権者であろうと抵当権者であろうと、時効取得者と対抗関係に立つことには変わりがない（時効取得者が抵当権の負担の付いた所有権を取得するか否かでは、大きな違いがある。）。」

とする。そして、昭和36年判決を本事案に適用できないとすると、「第三者が（より制限された物権である）抵当権を取得する方が所有権を取得するよりも有利に扱われる結果となるが、これではかえって不均衡といわざるを得ない。」としている。

### 3. 平成24年判決とその判決理由

#### （1）平成24年判決

平成24年判決は、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記のされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合において、当該不動産の時効取得者である占有者が、その後引き続き時効取得に必要な期間占有を継続したときは、当該占有者が当該抵当権の存在を容認していたなど抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限り、当該占有者は、当該不動産を時効取得し、その結果、当該抵当権は消滅すると解するのが相当であるとした。なお、Xは、本件抵当権が設定されその旨の抵当権設定登記がされたことを知らないまま、本件旧土地または本件各土地の占有を継続したということであるから、Xが本件抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情はうかがわれないとした。

ところで、平成24年判決事案における再度の取得時効の起算点については、第一審および原審が判断している乙抵当権設定登記時ではなく、現存する最先順位の抵当権たる甲抵当権設定登記時（昭和59年4月19日）であるとし、その時点で、Xは、本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意無過失であり、同登記後に引き続き、時効取得に要する10年間、本件旧土地の占有を継続し、時効取得したものと判断した。

#### （2）判決理由

判決理由は以下のとおりである。

ア 取得時効の完成後、所有権移転登記がされないうちに、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了したならば、占有者がその後にいかに長期間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと解することは、長期間にわたる継続的な占有を占有の態様に応じて保護すべきものとする時効制度の趣旨に鑑みれば、是認し難いというべきである。

イ そして、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者に当該不動産が譲渡され、その旨の登記がされた場合において、占有者が、当該登記後に、なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、占有者は、当該第三者に対し、登記なくして時効取得を対抗し得るものと解されるところ（昭和36年判決）、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者が当該不動産につき抵当権の設定を受け、その登記がされた場合には、占有者は、自らが時効取得した不動産につき抵当権による制限を受け、これが実行されると自らの所有権の取得自体を買受人に対抗することができない地位に立たされるのであって、当該登記がされた時から占有者と抵当権者との間に上記のような権利の対立関係が生ずるものと解され、かかる事態は、当該不動産が第三者に譲渡され、その旨の登記がされた場合に比肩するということができる。また、昭和36年判決によれば、取得時効の完成後に所有権を得た第三者は、占有者が引き続き占有を継続した場合に、所有権を失うことがあり、それと比べて、取得時効の完成後に抵当権の設定を受けた第三者が上記の場合に保護されることとなるのは、不均衡である。

## Ⅱ 平成24年判決の意義

### 1. 再度の時効援用は現存する最先順位の抵当権設定登記時を起算点とする

#### (1) 取得時効に関する5つの判例準則

判例は取得時効につき次の5つの準則を認めているものと解されている<sup>(1)</sup>。

① 第1準則 時効取得者は時効完成時の登記名義人に対して登記なくして時効取得を主張できる（大判大7・3・2民録24・423）。

② 第2準則 時効完成前に登記名義人から権利を取得した第三者も時効によって権利を失う当事者であるから、時効取得者は登記名義人に対して時効取得を対抗できる（最三小判昭41・11・22民集20・9・1901）。当該第三者の登記が時効完成後にされた場合であっても同様である（最一小判昭42・7・21民集21・6・1653）。

③ 第3準則 時効完成後に登記名義人から権利を取得した第三者との関係は登記名義人を起点とした対抗問題となり、時効取得者は登記をしなければ時効取得を対抗できない（最一小判昭33・8・28民集12・12・1936）。

④ 第4準則 時効の起算点を任意に選択することはできない（最一小判昭35・7・27民集14・10・1871）。

⑤ 第5準則 第3準則によって敗れる占有者が第三者の登記後に引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、その第三者に対して登記なくして時効取得を対抗できる（前掲最一小判昭36・7・20）。

#### (2) 平成24年判決と第5準則

(1) に掲げた判例準則のうち、平成24年判決は第5準則に関するものである。第5準則は、第3準則によりいったん対抗問題に関する優劣決定の結果、

---

(1) 松岡久和「判批（最二小判平24・3・16民集66・5・2321）」潮見佳男＝道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ総則・物権』188頁（有斐閣、第七版、2015）



敗れた占有者に、敗者復活の機会を与えるという準則である<sup>(2)</sup>。このように占有者に対して敗者復活の機会を与えた理由は、第一審が述べるように「永続した事実状態の尊重による法律関係の安定という取得時効制度の趣旨に沿う」からであり、このように解しないと、長期占有者を保護できないこととなり、「取得時効制度の趣旨が没却されかねない」し、「占有者が第三者の登記後に何らかの事情で一旦占有を中断して再開した場合、その中断時を起算点として新たに時効期間が進行することになるが、このように占有を中断した者の方が占有を継続した者より有利な結果を得る」という不相当な結果をもたらすことになる<sup>(3)</sup>。また、第三者が登記具備して所有権等を完全に取得していながら、敗者である占有者の占有を排除しなかったという懈怠があるのであるから、当該第三者の所有権が消滅しても仕方がないという点もあろう。

ところで、平成24年判決が昭和36年判決を適用したのは、平成24年判決理由にあるとおり、抵当権の場合であっても、占有者は、それが実行されると自らの所有権の取得自体を買受人に対抗できない地位に立たされるという対立関係が生ずるからである。昭和36年判決を適用できないとすると原審の示すとおり、「第三者が（より制限された物権である）抵当権を取得する方が所有権を取得するよりも有利に扱われる結果」となってしまう、「不均衡」を生ずることになる。

なお、平成24年判決事案にあっても、抵当権につき登記を具備した第三者には前述したと同様の懈怠がある。すなわち、第三者は、抵当権設定時に設定対象である不動産の調査を行うはずであり、そこに設定者以外の者による占有が存し、当該占有者による時効取得の危険性があるならば、所有者である設定者に当該占有者の排除を要求すべきである。あるいは、交換価値実現の妨害・優

---

(2) 松岡・前掲注 (1)189頁

(3) 時効中断後の再度の時効は、まったく新しいものであり、「期間も別に新らしく計算しなければならない」と解されている（我妻栄『新訂 民法総則』474頁（岩波書店、新訂、1965））。

先弁済権行使の困難の存する場合には、所有者の有する妨害排除請求権を代位行使するなどの方法により占有者を排除することができる。抵当権者がそれをしないのであればそこに懈怠が存するものといえ、当該懈怠からすれば、第三者の抵当権が消滅しても仕方がないといえよう。

### （３）再度の取得時効の起算点

昭和36年判決の適用において、再度の取得時効の起算点は第三者の登記時とされている。しかし、占有者は最初の時効完成時から第三者の登記時まで占有を継続しているのであるから、再度の取得時効は、最初の時効完成時<sup>(4)</sup>から進行することになるはずである。そうでなければ、「第一の買主がその買受後不動産の占有を取得し、その時から民法162条に定める時効期間を経過」すると判示する最二小判昭46・11・5民集25・8・1087に反するし、不動産の買主が未登記のまま占有を続けたときにも、形式的には、民法162条の「他人性」の要件を満たしているとする見解にも反することになる<sup>(5)</sup>。ではなぜ、第三者の登記時から再度の取得時効が進行するとしたのか<sup>(6)</sup>。それは、再度の取得時効は最初の時効とは別の時効であり<sup>(7)</sup>、第3準則によりいったん対抗問題に関する優劣決定の結果、敗れた占有者に、敗者復活の機会を与えるための最高裁が認めた特別の取得時効だからである<sup>(8)</sup>。それゆえ対抗問題の決着がついた時点

---

(4) 取得時効に関しては、判例は確定効果説を採っているものといえる。

(5) 川井健「判批（最二小判平15・10・31裁時1350・10）」NBL784・79（2004）

(6) 登記名義の変更が事実上の時効中断の効力（末川博「判批（最一小判昭36・7・20民集15・7・1903）」民商法雑誌46・2・142以下（1962））あるいは結果論として時効中断事由に準ずる（川井健『民法概論2（物権）』46頁（有斐閣、第二版、2005））とする見解もあるが、時効完成前に登記名義人から権利を取得した第三者が登記を自己名義にしても時効中断は生じないことと矛盾する。また、確定的に162条の「他人」の物となるので、第二譲受人が所有権登記を備えた時点から、162条の要件である「他人」の物を占有したといえるとの見解（岡田愛「判批（最二小判平15・10・31判時1846・7）」法律時報77・2・114（2005））もあるが、最二小判昭46・11・5民集25・8・1087の判断と矛盾する。

(7) 矢澤久純「判批（最二小判平24・3・16民集66・5・2321）」法政論集（北九州市立大学）41・1・55（2013）

(8) 金子敬明教授は、この取得時効を、占有者が抵当権者に物的負担の何らない所有権を再度主張できるようになるための最高裁が認めた制度であり、取得時効の枠組みを借りてい

である第三者による抵当権設定登記のなされた時点を再度の時効の起算点としているのである。

なお、平成24年判決事案のように複数の抵当権が設定されている場合には、現存する最先順位の抵当権の設定登記時が起算点となる<sup>(9)</sup>。

## 2. 再度の取得時効における主観的要件

最初の取得時効と再度の取得時効は別の時効であることから、取得時効の要件は当然に異なる。すなわち、再度の取得時効にあつては現存する最先順位の抵当権の設定登記時における時効取得者の主観的要件が問題となるのである。つまり、善意無過失、平穩および公然は当該登記時に改めて判断することになる<sup>(10)</sup>。

問題は自主占有の判断である。たとえば、最初の時効完成後に前主から所有権が第三者に譲渡され、登記が具備された場合には、占有者は所有の意思を欠き、自主占有が認められなくなる。しかし、この点については、占有開始時に自主占有であるならば、再度の取得時効も起算点以前の占有からその性質を引継ぐのであり、自主占有と判断されるべきである。つまり、当初の占有が自主占有であれば、起算点以降における占有も自主占有であつて、その限度で登記時を起算点とする時効は占有開始時から継続している占有と連続性を持つことができるといえよう<sup>(11)</sup>。よって、当初の占有者が最初の時効完成時から第三者による登記時までの間も継続して占有していることが自主占有を承継する要件だということになる。この要件は最初の取得時効に関して開始された占有と再度の時効完成時における占有といった前後の両時点において占有をした証拠が

---

るにすぎないとする（同「抵当権と時効—最近の三つの最高裁判決を機縁として」法学論集（千葉大学）27・3・18、56（2013））。つまり、再度の時効を純粋な時効とは異なる特別の制度であると見ているのである。

(9) 川畑正文「判批（最二小判平24・3・16民集66・5・2321）」ジュリスト1480・92（2015）

(10) 岩川隆嗣「判批（最二小判平24・3・16民集66・5・2321）」法学協会雑誌131・1888（2014）、金子・前掲注（8）20-21

(11) 岩川・前掲注（10）1888

あるときは、推定によって充足されることになる（民法186条2項）。

なお、善意無過失の対象であるが、判例（最三小判昭43・12・24民集22・13・3366）は、「民法162条2項という占有者の善意・無過失とは、自己に所有権があるものと信じ、かつ、そのように信じるにつき過失がないことをいい、占有の目的物件に対し抵当権が設定されていること、さらには、その設定登記も経由されていることを知り、または、不注意により知らなかったような場合でも、」善意・無過失の占有であるという判断であることから、平成24年判決事案たる再度の取得時効においても、占有者が所有権を有することにつき善意無過失であるかが問題となる。

### 3. 平成24年判決と最二小判平15・10・31判例時報1846・7（以下、平成15年判決という）との関係

平成24年判決の評価をするにあたり、平成15年判決との関係を整合的に判断しなければならない。平成15年判決事案は平成24年判決事案と類似するが、占有者が抵当権設定登記後に一旦取得時効を援用して、所有権移転登記を経た後で、再度抵当権設定登記時を起算点とする時効を援用したのに対して、平成24年判決事案では、占有者は本訴において初めて時効を援用したという点に相違がある<sup>(12)</sup>。

#### （1）事案と下級審判断

事案は次のとおりである。すなわち、訴外Aは、本件土地を所有していた。Xは、昭和37年2月17日に本件土地の占有を開始し、同57年2月17日以降も本件土地の占有を継続していた。Aは、昭和58年12月13日、訴外B会社との間で、本件土地につき、B会社を抵当権者とし、債務者を訴外C旅館とする債権額1,100万円の抵当権（以下、本件抵当権という。）を設定してその旨の登記を

---

(12) 石田剛「判批（最二小判平24・3・16民集66・5・2321）」リマックス46（2013上）・21（2013）

了した。Yは、平成8年10月1日、B会社から、本件抵当権を、その被担保債権と共に譲り受け、同9年3月26日、本件抵当権の設定登記につき抵当権移転の付記登記がされた。Xは、昭和37年2月17日を起算点として20年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、Aに対して所有権の取得時効を援用した。そして、Xは、平成11年6月15日、本件土地につき「昭和37年2月17日時効取得」を原因とする所有権移転登記を了した。Xは、本件抵当権の設定登記の日である昭和58年12月13日から更に10年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、再度、取得時効を援用し、本件抵当権は消滅したと主張して、Yに対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を求めた。

これに対し、1審（鳥取地米子支判平12・3・27金判1191・36）および原審（広島高松江支判平12・9・8金判1191・35）は、昭和36年判決を引用し、Xによる再度の時効取得を認め、Xは登記なくして抵当権者であるYに対抗できるとした。再度の時効取得の主観的要件については、Xが最初の時効完成（昭和37年2月17日から20年間占有を継続）により、本件土地を既に時効取得していることからすると、善意かつ無過失であり、10年間の占有継続で足りる、としている。

## （2）平成15年判決

これに対し、平成15年判決は、原審の判断は是認できないとして原審を破棄し、次のとおり判断した。すなわち、Xは最初取得時効の援用により、本件土地を原始取得し、その旨の登記を有しており、Xは当該時効の援用により確定的に本件土地の所有権を取得したものであるから、このような場合に、起算点を後の時点にずらせて、再度、取得時効の完成を主張し、これを援用することはできないとした。

平成15年判決はあくまで事例判決であり、再度の取得時効と抵当権の関係を

一般的に論じたものではなかったとの評価がなされている<sup>(13)</sup>が、平成24年判決事案とほぼ等しい事案であることから、平成15年判決は平成24年判決によって実質的に修正されたものとする見解<sup>(14)</sup>、あるいは平成24年判決は平成15年判決にも及ぶとする見解<sup>(15)</sup>も主張されている。

### (3)「他人性」の意義

平成24年判決と平成15年判決との整合性をどのように見るかについては、「他人性」の意義にかかっているものと思われる。

平成15年判決は、自己物も取得時効の対象となるとする判例と整合的ではなく、理由としても説得的でない<sup>(16)</sup>との批判がなされているところである。それは取得時効の要件として民法162条に「他人の物」、すなわち、「他人性」を有することを明確に要件としているにもかかわらず、判例は「自己物」の時効取得を認めている（大判昭9・5・28民集13・11・857）からである。しかし、判例が「自己物」の時効取得を認めている事案は、二重譲渡における第二譲受人が登記を取得するまでの間の第一譲受人の占有であり（最二小判昭42・7・21民集21・6・1643）、また、登記を具備しない買主が売主に対して取得時効を主張した事案（最一小判昭44・12・18民集23・12・2467）であって、かならずしも完全な所有権がある「自己物」を意味しているのではない<sup>(17)</sup>。

登記を具備しない所有権は、譲渡人によって二重にも三重にも譲渡されてしまう可能性を有しており、他の譲受人が登記を具備してしまうと所有権が完全に消滅してしまうという不完全に排他的な観念的所有権でしかなく、「自己物」でありながら、常時「他人性」を併せ持つ状態だといえる。この点は判例（最三小判昭33・10・14民集12・14・3111、最二小判昭39・3・6民集18・3・

---

(13) 伊藤榮寿「判批（最二小判平24・3・16民集66・5・2321）」銀行法務21 747・7（2012）

(14) 松岡・前掲注（1）189

(15) 西村曜子「判批（最二小判平24・3・16民集66・5・2321）」北大法学論集63・6・517（2013）

(16) 河上正二『民法総則講義』576頁（日本評論社、2007）

(17) 岡田・前掲注（6）114

437) も承認するところである<sup>(18)</sup>。したがって、未登記の所有権は、比喩的にいえば「自己性」と「他人性」が共存する所有権であり、前述の判例において「自己物」として示される所有権とはこのような所有権ということから、民法162条の「他人性」の文言に反するものではない。前述したが、不動産の買主が未登記のまま占有を続けたときにも、形式的には、民法162条の「他人性」の要件を満たすとする見解<sup>(19)</sup>はこの点を示しているものといえる。

一方、いったん実体に合致した登記が具備されると不完全に排他的な観念的所有権は、完全な排他性を有する所有権、すなわち完全所有権となる。この点は、前掲最三小判昭33・10・14、前掲最二小判昭39・3・6のみならず、最二小判昭46・11・5民集25・8・1087も示すところである。

#### (4) 平成24年判決と平成15年判決との整合性

以上の論理を平成24年判決と平成15年判決にあてはめてみると次のようになる。すなわち、平成15年判決事案では、Xが最初の取得時効を援用しその登記を具備したことにより、Xが時効取得した所有権は完全な排他性を有する所有権、すなわち完全所有権となったことから、「他人性」はなくなり、完全に「自己物」となった。これにより、民法162条の「他人性」要件を満たさなくなったために、Xの登記時点以降においてもはや再度の取得時効はありえなくなったのである。

これに対し、平成24年判決は占有者Xが援用したのは再度の取得時効のみであり、確定効果説を採り、Xが最初の取得時効につき所有権を取得していたとしてもその所有権取得に登記具備はなされていない。よって、Yの甲抵当権登記時以降においても「他人性」が存続しているものといえ、再度の取得時効が可能なのである。

---

(18) 松田佳久「物権変動における不完全権と完全権その1」創価法学43・3・65以下(2014)、

同「物権変動における不完全権と完全権その2・完」創価法学44・1・29以下(2014)

(19) 川井・前掲注(5)79

なお、このような私見からすれば、最初の取得時効を占有者が援用をしたとしても登記具備をしなければ「他人性」は存続することになる。

また、平成15年判決は、当事者による起算点の任意選択を許さない旨を、抵当権の消滅を判断する原審を是認し得ない事由としているが、これは、一度最初の取得時効を援用し登記を具備している以上、また別の起算点である再度の取得時効を援用することは許されない旨<sup>(20)</sup>を示しているのではないだろうか。そうであるならば、平成15年判決事案において、Xが最初の取得時効の援用をせず、再度の取得時効のみを援用した場合には、平成24年判決事案と全く同じ事案ということになり、時効の原始取得により抵当権が消滅することになったものと思われる。

ところで、平成15年判決事案では、抵当権の設定登記時点は昭和58年12月13日で、再度の取得時効が成立したとすれば、平成5年12月13日であり、それよりも後の平成8年10月1日にYが当該抵当権を被担保債権とともに譲り受け、同9年3月26日に当該抵当権の設定登記につき、抵当権移転の付記登記がされている。もし平成15年判決事案で再度の取得時効が認められた場合、Xの時効取得の登記がいまだなされていないときに、その時効取得後にYの当該抵当権の譲受けの付記登記がなされたものであるから、時効取得の対抗に登記を要するという判例理論（第3準則）の下では、XはYに対し、平成5年12月13日に完成した時効による所有権取得を対抗できないとする見解が主張されている<sup>(21)</sup>。しかし、同一不動産に設定された複数の抵当権の順位は抵当権を譲受けた付記登記時と他の抵当権設定登記（あるいは付記登記）時の先後で判断されるものではなく、あくまでも抵当権設定登記時の先後で判断される。この点は他の権利も同じである。たとえば同一不動産に設定された不動産賃借権と抵当権の優劣は、不動産賃借権の譲受人が対抗要件を具備したとしても、当該不動

---

(20) 松尾弘「判批（最二小判平24・3・16金融・商事判例1395・22）」法学セミナー694・130（2012）

(21) 草野元己「（最二小判平15・10・31金融・商事判例1191・28）」銀法642・87（2005）



産賃借権設定に際しての対抗要件具備時と抵当権設定登記時との先後で判断される。この点は、取得時効の完成との前後関係の判断も同様である<sup>(22)</sup>。つまり、譲受人は、他の権利との優先劣後の判断時点も承継し、その点を認識している承継人にすぎないのである。したがって、平成15年判決事案におけるYは、時効完成前に設定され、しかも登記まで具備された抵当権を時効完成後に譲り受けたにすぎない単なる承継人であることから、たとえ時効完成後にその付記登記を具備したとしても、Yの承継した抵当権は時効完成前に設定されたものであるから消滅することになるのである<sup>(23)</sup>。

#### 4. 平成24年判決と賃借権の時効取得判決（最二小判平23・1・21判時2105・9、以下、平成23年判決という）との関係

##### （1）事案と下級審判断

原審（東京高判平21・1・15金判1365・21）によれば、Y1の夫は、本件土地につき、その所有者との間で賃貸借契約を締結し、本件土地上に建物を所有していた。Y1は、夫が死亡したためにその相続により当該建物を取得し、本件土地の賃借権も承継取得した。その後、Y1は、長年にわたり、本件土地の所有者に対して継続して地代を支払い、本件土地の占有を継続してきた。ところが、本件土地につき、財務省（旧大蔵省）を抵当権者として抵当権が設定され、その設定登記（以下、本件抵当権設定登記という）がなされた。本件設定登記前において、本件土地の賃借権につき対抗要件が具備されることはなかった。

本件は、公売により本件土地を取得したXが、土地所有権に基づき、本件土

---

(22) 第二準則の適用にあっては、時効完成前に設定されていれば、登記具備が時効完成後であっても時効完成前の設定として扱われることになることは前述のとおりである。

(23) 辻伸行「(最二小判平15・10・31判例時報1846・7)」判例評論548・24脚注4（判時1864・202）も同旨。

地上の建物を所有するY1に対して、建物収去土地明渡等を請求し、当該建物に居住するY2、Y3、Y4に対して、各占有部分について建物退去土地明渡を請求したところ、Y1らが賃借権の時効取得を主張して争ったものである。

これに対し、1審（東京地判平20・6・19金判1365・26）は、昭和36判決、すなわち、第5準則を賃借権の取得時効にも適用し、本件抵当権設定登記後に引き続き借地権の時効取得に必要な期間占有を継続したY1は、時効取得した借地権を、抵当権者ひいてはXに登記なくして対抗できるとし、Xの請求はいずれも棄却された。

一方、原審は、1審とは異なり、第5準則の適用を否定した。すなわち、本件抵当権設定登記を起算点とする賃借権の時効取得を認めることはできないとし、かりに本件抵当権設定登記後の占有により賃借権を時効取得したとしても、すでに抵当権設定登記を経ている抵当権者に対抗することはできないとした。そして、1審判決を取り消し、Xの請求を全部認容した。

原審が挙げる理由は次のとおりである。すなわち、抵当権は交換価値を支配する権利であるから、抵当権設定者が第三者に使用させるのは原則として自由であり、抵当権者は例外的な場合にしか第三者による賃借権の時効取得を中断する手段を有しないのであるから、時効中断の手続きをしなかったからといって抵当権者は権利の上に眠る者ではないこと、民事執行実務上、最優先順位の担保権に先立つ賃借権であって対抗要件を具備したもののみが、担保権実行手続において引受けとなる扱いがなされることである。

## （2）平成23年判決と平成24年判決との関係

平成23年判決は、次のように判断した。すなわち、抵当権の目的不動産につき賃借権を有する者は、当該抵当権の設定登記に先立って対抗要件を具備しなければ、当該抵当権を消滅させる競売や公売により目的不動産を買い受けた者に対し、賃借権を対抗できないのが原則である。このことは、抵当権の設定登記後に目的不動産について賃借権を時効により取得した者があったとしても、

異なるところはない。したがって、不動産につき賃借権を有する者がその対抗要件を具備しない間に、当該不動産に抵当権が設定されてその旨の登記がされた場合、目的不動産の占有者は、当該抵当権の登記後、賃借権の時効取得に必要とされる期間、当該不動産を継続的に用益したとしても、競売または公売により当該不動産を買い受けた者に対し、賃借権を時効により取得したと主張して、これを対抗することはできないことは明らかであるとする。

また、昭和36年判決は、不動産の取得の登記をした者と当該登記後に当該不動産の時効取得に要する期間占有を継続した者との間における相容れない権利の得喪に関わるものであるのに対し、平成23年判決事案における抵当権者と賃借権者はそのような関係にないとし、ゆえに異なる事案であるとしている。

ここでは、抵当権と再度の時効取得との関係を判断した平成24年判決が、抵当権と賃借権の再度の時効取得とが関係する事案である平成23年判決事案にも適用されるかどうかが問題とされるところであろう。この点については、前述のとおり、平成23年判決は、抵当権者と賃借権者との関係は相容れない権利の得喪に関わる、いわゆる対立関係ではないとするとともに、事案は昭和36年判決とは異なるとしていることから、昭和36年判決が適用されないことは明らかであるとともに、昭和36年判決を引用する平成24年判決も適用されないということになる。したがって、原審の示すように、本件抵当権設定登記を起算点とする賃借権の再度の時効取得は認められない、ということになる。

学説には、抵当権の実行による競落人との間には対立関係が生ずるものであることを理由に、平成24年判決の時効制度の趣旨および抵当権との利益衡量は平成23年判決事案においても妥当することから、同判決は実質的に修正されることになるとする見解<sup>(24)</sup>が主張されている。たしかに、抵当権の設定は使用収益権である賃借権とは対立関係を有しないが、当該抵当権が実行され、抵当不動産が競売された場合の競落人と賃借権者との関係は、使用収益につき対立

---

(24) 松岡・前掲注 (1)189頁

関係が生ずるものといえよう。しかし、不動産賃借権が排他性を有するのは対抗要件を具備する場合であり、原審の示すようにかりに抵当権設定登記時を起算点とする賃借権の再度の時効取得が認められたとしても、時効取得する賃借権は対抗要件のない賃借権にすぎず、対抗要件が取得時効によって与えられるものでもない。このような排他性のない賃借権は、抵当権が実行され、その競売人からの明渡請求を拒むことはできないのである。つまり、対抗要件のない不動産賃借権は、妨害排除すらできない権利であり、抵当権者のみならず、その競落人との関係においても、対立関係は生じないのである。昭和36年判決の示す再度の時効取得を可能とする第5準則は、相容れない権利の得喪に関わる権利間、すなわち、対立関係にある権利間に適用されるものであることから、抵当権と賃借権との間には適用されないのである<sup>(25)</sup>。

以上からすれば、権利の対立関係は、平成24年判決事案と同様、排他性<sup>(26)</sup>を有する権利、すなわち物権相互の関係においてのみ認められる<sup>(27)</sup>ものということになる。この点からすれば、地上権や永小作権などの用益物権の時効取得については、第5準則が適用されることになる<sup>(28)</sup>。

### Ⅲ 平成24年判決の射程

平成24年判決は、抵当権設定と所有権譲渡とを比肩し得るものとしている。これは、抵当権設定により時効取得する所有権との対立関係が生ずることを意

---

(25) 松岡・前掲注 (1) 189頁、内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』454頁（東京大学出版会、2008）

(26) 松田（その2）・前掲注 (18) 45－46は、公示制度の適用のある用益物権で対抗要件を具備しない場合には、排他性は不完全であるとしているが、そのような排他性であっても、権利者は第三者等による妨害に対する排除請求などの物権的請求権を行使する権能を有している。

(27) 石田剛「判批（最二小判平23・1・21判時2105・9）」リマークス44（2012上）・20－21（2012）。

(28) もちろん取得時効は原始取得であるから、対立関係のある権利は消滅することになるが、常にそうなるのではなく、占有の態様次第で何らかの負担のある物権を取得する場合もあるであろう（石田・前掲注 (27) 21）。

味している<sup>(29)</sup>。これと同様の対立関係は、抵当権と同じ担保物権（あるいは担保的効力）である不動産質権、不動産先取特権、仮登記担保、不動産譲渡担保等についてもいえるであろう。そうであるならば、これらの権利と再度の時効取得で得られた所有権との関係については平成24年判決の射程が及ぶことになる。

また、地上権、永小作権、地役権等の用益物権、物権化した不動産賃借権等についても、時効取得する所有権との間に、使用収益につき対立関係が生ずるものであることから、これらの権利と再度の時効取得で得られた所有権との関係についても平成24年判決の射程が及ぶものといえよう。

#### IV おわりに

平成24年判決は「占有者が・・・抵当権の存在を容認していたなど抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限り」との限定を加えている。特段の事情があれば抵当権は消滅しないことになるが、どのような事情が特段の事情に該当するかは今後の判例によることになる。

また、抵当権者が取得時効を中断させた場合にも、その時点から時効に必要な占有期間が経過しないかぎり、抵当権は消滅しないことになる。このときの中断方法であるが、沿革をも考慮するならば民法166条2項但書に基づく承認請求による中断を肯定すべきだとする見解が主張されている<sup>(30)</sup>ところである。

以 上

---

(29) 伊藤・前掲注 (13)8

(30) 松岡・前掲注 (1)189頁、香川崇「判批（最二小判平24・3・16民集66・5・2321）」月報司法書士486・15-16 (2012)